Zbierka súdnych rozhodnutí

NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA
NIILO JÄÄSKINEN
prednesené 8. septembra 2015 [1]

Vec C-324/14

PARTNER Apelski Dariusz
proti
Zarząd Oczyszczania Miasta

[návrh na začatie prejudiciálneho konania, ktorý podal Krajowa Izba Odwoławcza (Poľsko)]

„Verejné obstarávanie — Smernica 2004/18/ES — Článok 48 ods. 3 — Technická a odborná spôsobilosť hospodárskeho subjektu — Spoliehanie sa uchádzačov, ‚ak to prichádza do úvahy', na využitie spôsobilostí iných subjektov — Povaha vzťahov medzi uchádzačom a týmito inými subjektmi — Forma a miera využitia spôsobilostí iných subjektov — Údaje požadované v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania — Relevancia smernice 2014/24/EÚ pri výklade smernice 2004/18"

I – **Úvod**

1. Predmetný návrh na začatie prejudiciálneho konania, ktorý podal Krajowa Izba Odwoławcza (Vnútroštátny odvolací súd), sa týka dvoch právnych otázok relevantných pre oblasť práva verejného obstarávania a tretej, ktorá sa zaoberá širšou problematikou miery, do akej možno smernicu, ktorá doteraz v príslušnej lehote nenadobudla účinnosť *ratione temporis* a na prebratie ktorej neuplynula lehota, použiť ako pomôcku pri výklade smernice, ktorú nakoniec nahradí.

2. Zarząd Oczyszczania Miasta (správa čistenia mesta, ďalej len „verejný obstarávateľ"), organizačná jednotka hlavného mesta Varšava, v podstate vylúčila hospodársky subjekt PARTNER Dariusz Apelski (ďalej len „PARTNER") z konania o zadávaní verejnej zákazky na mechanické čistenie vozoviek Varšavy. Urobila tak preto, lebo nebola presvedčená, že PARTNER by uvedenú zákazku realizoval riadne, keďže časť jeho ponuky zahŕňala služby, ktoré mala poskytnúť tretia osoba nachádzajúca sa v inom a relatívne vzdialenom poľskom meste.

3. V prvej skupine prejudiciálnych otázok sa Krajowa Izba Odwoławcza v podstate, ak nie výlučne, Súdneho dvora pýta na dôkaz, ktorý sa vyžaduje od hospodárskeho subjektu, ak sa pri určitej zákazke spoľahne na využitie „spôsobilosti iných subjektov" v zmysle článku 48 ods. 3 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby. [2] Tieto otázky zahŕňajú otázky týkajúce sa obsahu oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania a objasnenia ponuky. Druhá skupina otázok sa týka okolností, za ktorých sa má elektronická aukcia, ktorú už verejný obstarávateľ ukončil, vyhlásiť za neplatnú z dôvodu nezrovnalostí v zadávacom konaní.

1 — Jazyk prednesu: angličtina.

2 — Ú. v. EÚ L 134, 2004, s. 114; Mim. vyd. 06/007, s. 132.

4. Na záver bol Súdny dvor požiadaný o odpoveď na poslednú otázku, či si možno pri výklade smernice 2004/18 vypomôcť smernicou Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES [3] s cieľom vyriešiť dané otázky, napriek tomu, že smernica 2014/24 v deň oznámenia zadávacieho konania ešte nenadobudla účinnosť.

II – **Právny rámec**

A – *Smernica 2004/18*

5. Článok 2 smernice 2004/18, ktorý má názov „Zásady zadávania zákaziek“, uvádza, že „verejní obstarávatelia zaobchádzajú s hospodárskymi subjektmi rovnako a nediskriminačne a konajú transparentne“.

6. Článok 44 smernice 2004/18, ktorý má názov „Overovanie spôsobilosti, výber účastníkov a zadávanie zákaziek“, uvádza toto:

„1. Zákazky sa zadávajú na základe kritérií stanovených v článkoch 53 a 55, berúc do úvahy článok 24 potom, keď verejní obstarávatelia overia spôsobilosť hospodárskych subjektov nevylúčených podľa článkov 45 a 46 v súlade s kritériami ich ekonomickej a finančnej situácie, odborných a technických vedomostí alebo ich spôsobilosti, ktoré sú uvedené v článkoch 47 až 52, prípadne v súlade s pravidlami a kritériami nediskriminácie uvedenými v odseku 3.

2. Verejní obstarávatelia môžu od záujemcov a uchádzačov vyžadovať, aby spĺňali minimálnu úroveň spôsobilosti podľa článkov 47 a 48.

Rozsah informácií uvedených v článkoch 47 a 48 a minimálne úrovne spôsobilosti, vyžadované pri určitej zákazke, musia súvisieť s predmetom zákazky a musia byť primerané tomuto predmetu.

Tieto minimálne úrovne sa uvedú v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania.

…“

7. Článok 48 smernice 2004/18 sa nazýva „Technická a/alebo odborná spôsobilosť“ a uvádza, že:

„1. Technická a/alebo odborná spôsobilosť hospodárskych subjektov sa posudzuje a preskúmava podľa odsekov 2 a 3.

2. Podľa povahy, množstva alebo dôležitosti, ako aj využitia prác, dodávok tovaru alebo služieb možno technickú spôsobilosť hospodárskych subjektov preukázať jedným alebo niekoľkými z týchto spôsobov:

a) i) …

ii) zoznam hlavných dodávok vykonaných alebo hlavných služieb poskytnutých za posledné tri roky s uvedením súm, dátumov a príslušných verejných alebo súkromných príjemcov.

…

3 — Ú. v. EÚ L 94, 2004, s. 65.

3. Hospodársky subjekt sa môže, ak to prichádza do úvahy, a pri určitej zákazke, spoľahnúť na využitie spôsobilosti iných subjektov bez ohľadu na právnu povahu vzťahov, ktoré s nimi má. V takom prípade musí verejnému obstarávateľovi preukázať, že bude mať k dispozícii zdroje potrebné na vykonanie zákazky, napríklad predložením prísľubu týchto subjektov, že potrebné zdroje dajú hospodárskemu subjektu k dispozícii.

…“

8. Článok 51 smernice 2004/18, ktorý má názov „Doplňujúce podklady a informácie“, uvádza, že „verejný obstarávateľ môže hospodárske subjekty vyzvať, aby doplnili alebo objasnili certifikáty a dokumenty predložené podľa článkov 45 až 50“.

9. Článok 54 smernice 2004/18, ktorý má názov „Používanie elektronických aukcií“, uvádza:

„1. Členské štáty môžu ustanoviť, že verejní obstarávatelia môžu používať elektronické aukcie.

…

4. Pred uskutočnením elektronickej aukcie verejní obstarávatelia vykonajú úplné počiatočné vyhodnotenie ponúk podľa kritéria/kritérií pre zadanie zákazky a váh priradených jednotlivým kritériám.

Všetci uchádzači, ktorí predložili prijateľné ponuky, sú súčasne elektronicky vyzvaní, aby predložili nové ceny a/alebo nové hodnoty; …

…

8. Po ukončení elektronickej aukcie verejní obstarávatelia zadajú zákazku v súlade s článkom 53 na základe výsledkov elektronickej aukcie.

Verejní obstarávatelia nesmú elektronické aukcie zneužívať, ani ich nesmú používať takým spôsobom, ktorý by bránil hospodárskej súťaži, obmedzoval ju alebo ju narušoval, nesmú ani meniť predmet zákazky, ako už bol daný do súťaže oznámením o vyhlásení zadávacieho konania a vymedzený v špecifikáciách.“

B – *Smernica 2014/24*

10. Článok 63 smernice 2014/24 sa nazýva „Spoliehanie sa na kapacity iných subjektov“ a uvádza toto:

„1. Hospodársky subjekt sa môže vzhľadom na kritériá týkajúce sa ekonomického a finančného postavenia stanovené podľa článku 58 ods. 3 a kritériá týkajúce sa technickej a odbornej spôsobilosti stanovené podľa článku 58 ods. 4, keď to prichádza do úvahy a pokiaľ ide o konkrétnu zákazku, spoliehať na kapacity iných subjektov nezávisle od právnej povahy prepojení, ktoré s nimi má. Pokiaľ však ide o kritériá súvisiace so vzdelaním a odbornou kvalifikáciou, ako sa stanovuje v prílohe XII časti II písm. f), alebo relevantnými odbornými skúsenosťami, hospodárske subjekty sa môžu spoliehať na kapacity iných subjektov len v prípade, keď tieto iné subjekty budú vykonávať práce alebo poskytovať služby, pre ktoré sa tieto kapacity vyžadujú. Ak sa chce hospodársky subjekt spoliehať na kapacity iných subjektov, verejnému obstarávateľovi preukáže, že bude mať k dispozícii potrebné zdroje, napríklad predložením záväzku týchto subjektov v uvedenom zmysle.

…

2. Verejní obstarávatelia môžu v prípade zákaziek na uskutočnenie stavebných prác, poskytnutie služieb, montážnych alebo inštalačných činností v súvislosti so zákazkou na dodanie tovaru požadovať, aby určité rozhodujúce úlohy zrealizoval priamo sám uchádzač…“

11. Článok 90 ods. 1 smernice 2014/24, ktorý má názov „Transpozícia a prechodné ustanovenia“, uvádza, že „členské štáty uvedú do účinnosti zákony, iné právne predpisy a správne opatrenia potrebné na dosiahnutie súladu s touto smernicou do 18. apríla 2016. Komisii bezodkladne oznámia znenie týchto opatrení.“ Podľa článku 93 nadobudla smernica 2014/24 účinnosť dvadsiatym dňom po jej uverejnení v úradnom vestníku, k čomu došlo 28. marca 2014.

III – **Skutkové okolnosti, konanie a prejudiciálne otázky**

12. Verejný obstarávateľ uskutočnil konanie o zadávaní verejných zákaziek na „komplexné mechanické čistenie vozoviek hl. m. Varšavy v letnom a zimnom období v rokoch 2014 až 2017 – Etapa I“. Konanie bolo oznámené v *Úradnom vestníku Európskej únie* 24. decembra 2013 vzhľadom na prahovú hodnotu, ktorá prekračuje limity Únie. Verejný obstarávateľ rozdelil predmet zákazky na 8 častí zahŕňajúcich jednotlivé mestské štvrte Varšavy a umožnil predkladanie čiastočných ponúk, pričom neobmedzil počet častí, na ktoré hospodársky subjekt môže predložiť ponuku. Konanie sa uskutočnilo vo forme otvoreného konania (neobmedzeného verejného obstarávania), v rámci ktorého sa plánovala uskutočniť elektronická aukcia.

13. Čistenie v zimnom období pozostáva z predchádzania námraze a jej odstraňovania posypom a pluhovaním krajských, vojvodských, okresných a komunálnych vozoviek, po ktorých jazdí mestská hromadná doprava. Čistenie v letnom období pozostáva zo zametania a kropenia vozoviek. Podľa súťažných podkladov museli hospodárske subjekty preukázať, že v posledných troch rokoch pred uplynutím lehoty na predkladanie ponúk, alebo, ak doterajšia činnosť trvala kratšie, v príslušnom období poskytovali alebo poskytujú službu alebo služby zimnej údržby vozoviek o celkovej hodnote vykonaných prác minimálne 1 000 000 PLN.

14. Verejný obstarávateľ upozornil na to, že pri posúdení splnenia tejto podmienky bude brať do úvahy výlučne služby, v rámci ktorých sa na predchádzanie námraze alebo jej odstraňovanie používa technológia mokrej soli.[4] Verejný obstarávateľ poukázal tiež na to, že v prípade predkladania ponuky na viac ako jednu časť zákazky je hospodársky subjekt povinný zrealizovať práce v zodpovedajúcej vyššej hodnote, t. j. 1 000 000 PLN vynásobených počtom častí zákazky, ku ktorým predkladá ponuku. Z tohto dôvodu hospodársky subjekt, ktorý predložil ponuku na 8 častí, musel preukázať služby minimálne v hodnote 8 000 000 PLN.[5]

15. PARTNER v zozname služieb pripojenom k ponuke uviedol 14 služieb, z toho pri 12 uvádzal svoje vlastné skúsenosti a pri 2 skúsenosti PUM Sp. z o.o. (ďalej len „PUM“), podniku so sídlom v Grudziądzu (asi 227 km od Varšavy), ako iného subjektu, na zdroje ktorého sa PARTNER spoliehal. PARTNER k ponuke priložil záväzok PUM „sprístupniť potrebné zdroje“. Vyplýval z neho spôsob využívania sprístupnených zdrojov: poradenské služby zahŕňajúce okrem iného preškolenie pracovníkov hospodárskeho subjektu, poskytovanie konzultácií hospodárskemu subjektu vrátane riešenia problémov, ktoré sa môžu vyskytnúť počas realizácie zákazky.

4 — To znamená technológia použitia chloridu sodného alebo zlúčeniny chloridu sodného a chloridu vápenatého, ktoré sa pri posýpaní stanú tekutým roztokom soli (soľankou).

5 — Návrh na začatie prejudiciálneho konania uvádza, že na ústnom pojednávaní pred vnútroštátnym súdom verejný obstarávateľ vysvetlil, že splnenie tejto podmienky posudzoval tak, že sčítal hodnotu všetkých uvádzaných a uznaných služieb a vydelil ju 1 000 000, čím dostal počet častí, pre ktoré hospodársky subjekt splnil podmienku.

16. Po tom, čo verejný obstarávateľ 11. marca 2014 informoval hospodársky subjekt PARTNER o tom, že podľa jeho názoru nemá prostriedky potrebné na vykonanie zákazky, PARTNER 18. marca 2014 odpovedal, že aj keby verejný obstarávateľ považoval predloženú skúsenosť za nedostatočnú, započítanie jeho ostatnej skúsenosti sa má uskutočniť v tomto poradí: časť V, I, II, III, VIII, IV, VII, VI. V tejto súvislosti podotkol, že ak hospodársky subjekt predloží ponuku na niekoľko častí, môže sa posudzovať oddelene pre každú z nich. Preto sa prípadné vylúčenie hospodárskeho subjektu a zamietnutie jeho ponuky nesmie týkať celej zákazky, ale len jej jednotlivých častí, pri ktorých hospodársky subjekt nesplnil podmienky.

17. Verejný obstarávateľ nevzal do úvahy čiastočnú skúsenosť hospodárskeho subjektu PARTNER a vylúčil ho z konania vo vzťahu ku každej časti zákazky podľa článku 24 ods. 2 bodu 4 zákona o verejných zákazkách (tzv. zákon Pzp) [6] vzhľadom na to, že nesplnil podmienky účasti v konaní. Verejný obstarávateľ konštatoval, že vzhľadom na osobitosti prác, nutné znalosti topografie mesta, vyžadované časové normy na dosiahnutie stanovených štandardov zimnej údržby atď. nebude možné splniť povinnosť vyplývajúcu z prebiehajúceho konania bez osobnej účasti PUM na splnení požiadaviek zákazky. Následne verejný obstarávateľ usporiadal elektronickú aukciu, na ktorú PARTNER nebol pozvaný.

18. V odvolaní podanom na Krajowa Izba Odwoławcza PARTNER vzniesol voči verejnému obstarávateľovi odvolacie dôvody týkajúce sa chybného preskúmania a posúdenia ponúk. Uviedol, že verejný obstarávateľ v súťažných podkladoch neoznámil, že splnenie podmienky príslušnej odbornosti a skúsenosti je nevyhnutne spojené s osobnou účasťou na vykonaní zákazky zo strany subjektu, ktorý dal hospodárskemu subjektu PARTNER svoju odbornosť a skúsenosti k dispozícii, ani to, že skúsenosť sa musí vzťahovať aj na konkrétne topografické znalosti.

19. Krajowa Izba Odwoławcza predložil Súdnemu dvoru podľa článku 267 ZFEÚ nasledujúce otázky.

„1. Má sa článok 48 ods. 3 v spojení s článkom 2 smernice 2004/18… vykladať v tom zmysle, že ak sa v ňom hovorí, že hospodársky subjekt sa môže, ‚ak to prichádza do úvahy', spoľahnúť na využitie spôsobilosti iných subjektov, majú sa tým na mysli všetky prípady, v ktorých tento hospodársky subjekt nemá kvalifikáciu požadovanú verejným obstarávateľom a chcel by sa spoliehať na takúto spôsobilosť iných subjektov? Má sa takisto odkaz, že hospodársky subjekt sa môže spoliehať na zdroje iných subjektov len v prípade, ‚ak to prichádza do úvahy', považovať za obmedzenie, podľa ktorého takéto odvolávanie sa môže nastať len výnimočne a nemôže byť pravidlom pri dokazovaní kvalifikácie hospodárskych subjektov v rámci konania o zadávaní verejných zákaziek?

2. Má sa článok 48 ods. 3 v spojení s článkom 2 smernice 2004/18 vykladať v tom zmysle, že spoliehanie sa hospodárskeho subjektu na využitie spôsobilosti iných subjektov v rámci ich odbornosti a skúsenosti ‚bez ohľadu na právnu povahu vzťahov, ktoré s nimi má', ako aj spoliehanie sa na to, že tieto subjekty majú ‚k dispozícii zdroje', znamená, že počas realizácie zákazky hospodársky subjekt nemusí mať s týmito subjektmi žiadne vzťahy alebo môže mať s nimi veľmi vlažné a neurčité vzťahy, t. j. môže vykonať zákazku samostatne (bez účasti iného subjektu) alebo takáto účasť môže spočívať v ‚poradenstve', ‚konzultáciách', ‚školení' a pod.? Alebo sa má článok 48 ods. 3 vykladať v tom zmysle, že subjekt, na ktorého spôsobilosti sa spolieha hospodársky subjekt, musí skutočne a osobne vykonať zákazku v rozsahu, v akom boli deklarované jeho spôsobilosti?

6 — Ustawa Prawo zamówień publicznych (zákon o verejných zákazkách) (konsolidované znenie, *Dziennik Ustaw* z roku 2013, položka 907). Článok 24 ods. 2 bod 4 uvádza, že „z konania o zadávaní verejných zákaziek budú vylúčené aj hospodárske subjekty, ktoré… nepreukázali, že splnili podmienky účasti v konaní".

3. Má sa článok 48 ods. 3 v spojení s článkom 2 smernice 2004/18 vykladať v tom zmysle, že hospodársky subjekt, ktorý má vlastné skúsenosti, ale v menšom rozsahu, ako by chcel preukázať verejnému obstarávateľovi (napr. nepostačujúcom na predloženie ponuky na všetky časti zákazky), sa môže odvolať ešte aj na spôsobilosti iných subjektov s cieľom zlepšiť svoje vyhliadky v konaní o zadávaní verejnej zákazky?

4. Má sa článok 48 ods. 3 v spojení s článkom 2 smernice 2004/18 vykladať v tom zmysle, že verejný obstarávateľ v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania alebo v špecifikácii podstatných podmienok verejnej zákazky môže (alebo je dokonca povinný) stanoviť zásady, podľa ktorých sa hospodársky subjekt môže spoľahnúť na využitie spôsobilosti iných subjektov, napr. akým spôsobom sa iný subjekt musí zúčastniť na realizácii zákazky, akým spôsobom možno vzájomne spájať schopnosti hospodárskeho subjektu a iného subjektu, či iný subjekt bude spolu s hospodárskym subjektom solidárne zodpovedný za riadne zrealizovanie zákazky v rozsahu, v akom sa hospodársky subjekt odvolal na jeho spôsobilosť?

5. Umožňuje zásada rovnakého a nediskriminačného zaobchádzania s hospodárskymi subjektmi uvedená v článku 2 smernice 2004/18 takéto odvolávanie sa na spôsobilosti iného subjektu, o ktorých sa hovorí v článku 48 ods. 3, v rámci ktorého dochádza k spájaniu spôsobilostí dvoch alebo viacerých subjektov, ktoré nemajú spôsobilosti v oblasti odbornosti a skúseností, ktoré požaduje verejný obstarávateľ?

6. Umožňuje teda zásada rovnakého a nediskriminačného zaobchádzania s hospodárskymi subjektmi uvedená v článku 2 smernice 2004/18 taký výklad článku 44 a článku 48 ods. 3 smernice 2004/18, podľa ktorého splnenie podmienok účasti v konaní stanovených verejným obstarávateľom môže byť len formálne z hľadiska účasti v konaní a bez ohľadu na skutočné kvalifikácie hospodárskeho subjektu?

7. Umožňuje zásada rovnakého a nediskriminačného zaobchádzania s hospodárskymi subjektmi uvedená v článku 2 smernice 2004/18, aby v prípade, keď je prípustné predloženie ponuky na časť zákazky, hospodársky subjekt po predložení ponúk, napr. v rámci doplnenia alebo objasnenia dokumentov, oznámil, na ktorú časť zákazky sa vzťahujú ním uvádzané zdroje, ktoré slúžia na preukázanie splnenia podmienky účasti v konaní?

8. Umožňuje zásada rovnakého a nediskriminačného zaobchádzania s hospodárskymi subjektmi, ako aj zásada transparentnosti uvedená v článku 2 smernice 2004/18 vyhlásiť aukciu za neplatnú a opakovať elektronickú aukciu v prípade, keď sa podstatným spôsobom neuskutočnila riadne, napríklad neboli na ňu pozvané všetky hospodárske subjekty, ktoré predložili prípustné ponuky?

9. Umožňuje zásada rovnakého a nediskriminačného zaobchádzania s hospodárskymi subjektmi, ako aj zásada transparentnosti uvedená v článku 2 smernice 2004/18 zadať zákazku hospodárskemu subjektu, ktorého ponuka bola vybraná v takejto aukcii bez jej opakovania, v prípade, keď nemožno zistiť, či by účasť opomenutého hospodárskeho subjektu ovplyvnila výsledok aukcie?

10. Je dovolené si vypomôcť pri výklade ustanovení smernice 2004/18 obsahom ustanovení a preambuly smernice 2014/24… ako výkladovou pomôckou, napriek tomu, že neuplynula lehota na jej prebratie, a to v rozsahu, v akom táto smernica objasňuje isté zámery a úmysly zákonodarcu Únie a neodporuje ustanoveniam smernice 2004/18?“

20. Písomné pripomienky predložil PARTNER, Remondis sp. z o.o. a Mr Road Service sp. z o.o., ktorí vstúpili do konania ako vedľajší účastníci konania, vlády Španielska, Lotyšska a Poľska, ako aj Komisia. Všetci uvedení účastníci konania, s výnimkou vlády Lotyšska, sa zúčastnili na pojednávaní, ktoré sa konalo 7. mája 2015, rovnako ako aj verejný obstarávateľ, hoci nepredložil písomné pripomienky.

IV – **Analýza**

A – *Otázky týkajúce sa spoliehania sa na využitie technických a odborných spôsobilostí iného hospodárskeho subjektu (prvá, druhá, tretia, piata a šiesta otázka)*

21. Na základe týchto otázok, ktoré posúdim spoločne, vnútroštátny súd v podstate žiada o usmernenie, pokiaľ ide o okolnosti, za ktorých sa uchádzač o určitú zákazku môže pri predkladaní ponuky spoľahnúť na využitie spôsobilostí iných subjektov so zreteľom na technickú a/alebo odbornú spôsobilosť. Túto možnosť zakotvuje článok 48 ods. 3 smernice 2004/18. Podľa môjho názoru sa tieto otázky týkajú v zásade troch problémov. Ide o 1. oprávnenie uchádzača spoľahnúť sa pri plnení požiadaviek zákazky na využitie externých spôsobilostí so zreteľom na technickú a/alebo odbornú spôsobilosť; 2. reálnosť spoliehania sa na využitie spôsobilostí tretej osoby, a 3. to, či sú tieto spôsobilosti prevoditeľné v tom zmysle, že sa na ich využitie možno spoľahnúť vzhľadom na povahu a predmet dotknutej zákazky. Je samozrejmé, že článok 2, ktorý zakotvuje všeobecnú zásadu nediskriminácie a transparentnosti, súvisí s odpoveďou na všetky otázky.

22. Na začiatok je vhodné zdôrazniť rozdiel medzi spoliehaním sa na využitie spôsobilostí iných subjektov podľa článku 48 ods. 3 smernice 2004/18 a uzatváraním subdodávateľských zmlúv, ktoré upravuje jej článok 25. Ako Španielsko zdôraznilo vo svojich písomných pripomienkach, uvedené právne inštitúty sa líšia v dvoch ohľadoch. Pokiaľ ide o spoliehanie sa na využitie spôsobilostí tretej osoby, tie sa spájajú so spôsobilosťami uchádzača pred zadaním zákazky, zatiaľ čo subdodávateľské zmluvy sa uzatvárajú pri plnení zákazky. Po druhé uzatváranie subdodávateľských zmlúv podlieha obmedzeniam, ktoré sa neuplatňujú pri spoliehaní sa na využitie spôsobilostí tretích osôb.[7]

1. Oprávnenie hospodárskeho subjektu spoľahnúť sa na využitie externých spôsobilostí

23. Čo sa týka slov „ak to prichádza do úvahy“ v článku 48 ods. 3 smernice 2004/18, nezavádzajú žiadne podstatné obmedzenie okolností, za ktorých sa hospodársky subjekt môže pri uchádzaní sa o verejnú zákazku odvolávať na zdroje tretej osoby.

24. V návrhoch, ktoré som predniesol vo veci Swm Costruzioni 2 a Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130), som poukázal na to, že formulácia článku 48 naznačuje právo hospodárskych subjektov zvoliť si metódu splnenia kritérií výberu za predpokladu, že môžu preukázať, že skutočne majú k dispozícii zdroje iných subjektov nevyhnutné na realizáciu dotknutej zákazky.[8] Takýto výklad je nanajvýš v súlade s cieľom sprístupniť verejné zákazky čo najširšej hospodárskej súťaži a podporiť účasť malých a stredných podnikov na nej.

25. Okrem toho, Súdny dvor vo veci Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593) rozhodol, a neskôr sa to potvrdilo v článku 48 ods. 3 smernice 2004/18, že povaha právnych vzťahov medzi hospodárskym subjektom a tretím subjektom alebo subjektmi, na ktoré sa snaží spoľahnúť, je irelevantná.[9]

7 — Článok 25 smernice 2004/18 uvádza, že v zadávacích podkladoch môže verejný obstarávateľ žiadať alebo členský štát môže od neho vyžadovať, aby od uchádzača žiadal, aby vo svojej ponuke uviedol, aký podiel zákazky má v úmysle zadať tretím osobám, ako aj navrhovaných subdodávateľov. Dané ustanovenie ďalej uvádza, že týmto označením subdodávateľov nie je dotknutá zodpovednosť hlavného hospodárskeho subjektu.

8 — Tamže, bod 24. Pozri taktiež najmä rozsudok Siemens a ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, bod 46) a rozsudky Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133) a Ballast Nedam Groep (C-5/97, EU:C:1997:636).

9 — Návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Jääskinen vo veci Swm Costruzioni a Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130, bod 22). Dané stanovisko vychádzalo zo zistení Súdneho dvora v rozsudkoch Ballast Nedam Groep (C-5/97, EU:C:1997:636) a Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133), v ktorých išlo o právne vzťahy spoločností v rámci rovnakej skupiny. Pozri body 20 až 22 návrhov.

26. Vzhľadom na judikatúru Súdneho dvora teda v zásade nemôže existovať žiadna námietka voči uchádzačovi, ktorý sa dodatočne spolieha na využitie spôsobilostí iných subjektov s cieľom zlepšiť svoju situáciu v zadávacom konaní. Podlieha to však obmedzeniam, ktoré rozoberiem nižšie. Ako uviedla Komisia vo svojich písomných pripomienkach, podstatné je, že uchádzač *skutočne má k dispozícii* spôsobilosti iných subjektov na riadne splnenie zákazky. Takáto „dispozícia“ nemusí mať žiadnu osobitnú právnu formu.

2. Reálnosť spôsobilostí tretej osoby, na ktorých využitie sa uchádzač spolieha

27. Bez ohľadu na to, čo bolo povedané v predchádzajúcich bodoch, uchádzač, ktorý sa spolieha na využitie spôsobilostí iných subjektov, znáša bremeno preukázania verejnému obstarávateľovi, že ich skutočne má k dispozícii.[10] Z tohto pohľadu možno článok 48 ods. 3 smernice 2004/18 najlepšie chápať ako článok, ktorý ukladá dôkaznú povinnosť a v ktorom sa posúdenie tohto dôkazu ponecháva verejnému obstarávateľovi. Podľa článku 44 ods. 1 smernice 2004/18 verejnému obstarávateľovi prináleží, aby preveril spôsobilosť záujemcov alebo uchádzačov v súlade s kritériami stanovenými v článkoch 47 až 52 smernice 2004/18.[11] Inými slovami, ako zdôraznil verejný obstarávateľ a Poľsko na pojednávaní, verejný obstarávateľ je viazaný povinnosťou zabezpečiť, aby bol úspešný uchádzač skutočne schopný zákazku riadne vykonať.

28. Cieľom ustanovení smernice 2004/18 týkajúcich sa účasti tretích osôb na realizácii verejných zákaziek je, aby sa zabránilo situácii, v ktorej by mal podnik právo na prístup k zadaniu zákazky, hoci nemá potrebné prostriedky na jej vykonanie. Článok 48 ods. 3 smernice 2004/18 teda bráni tomu, aby verejný obstarávateľ vzhľadom na povinnosti, ktorými je viazaný, zastával k dôkazu poskytnutému uchádzačom čisto formálny prístup. Inými slovami, je neprijateľné, aby sa uchádzači odvolávali na spôsobilosti tretej osoby, ak tak konajú len na účely formálneho splnenia minimálnej podmienky spôsobilosti stanovenej v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania.

3. Prevoditeľnosť technických a/alebo odborných spôsobilostí

29. Vo veci Swm Costruzioni 2 a Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646) Súdny dvor vyložil článok 47 ods. 2 a článok 48 ods. 3 smernice 2004/18 v spojení s jej článkom 44 ods. 2 v tom zmysle, že bránia všeobecnému pravidlu, ktoré zakazuje hospodárskym subjektom zúčastňujúcim sa na verejnom obstarávaní zákaziek na práce spoliehať sa pri rovnakej kvalifikačnej kategórii na využitie kapacít viacerých podnikov. Bolo však dodané, že „existujú práce vyznačujúce sa osobitosťami, ktoré vyžadujú určitú spôsobilosť, ktorú nemožno získať spojením menších kapacít viacerých subjektov“ a že „v takom prípade môže verejný obstarávateľ dôvodne vyžadovať, aby bola minimálna úroveň dotknutej spôsobilosti dosiahnutá jediným hospodárskym subjektom“.[12]

30. To znamená, že sporným problémom je však to, či spôsobilosti týkajúce sa technickej a odbornej spôsobilosti uvedené v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania sú prevoditeľné. Ak to tak nie je, PARTNER by ako uchádzač nespĺňal podmienky.

31. Prevoditeľnosť technických spôsobilostí súvisí s otázkou, či technológiu alebo know-how možno zmysluplne previesť z jedného hospodárskeho subjektu na iný, napríklad prostredníctvom konzultácií a poskytovaním poradenstva. V písomných pripomienkach účastníkov konania sa nachádzajú aj body, ktoré sa týkajú skôr otázky, či takéto spôsobilosti rôznych subjektov možno spojiť vo všeobecnosti, čo podľa môjho názoru predstavuje prístup, ktorý zastáva normotvorca Únie v článku 48 smernice

10 — Pozri moje návrhy vo veci Swm Costruzioni 2 a Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130, bod 23).

11 — Rozsudok Swm Costruzioni 2 a Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, bod 26). Pozri analogicky rozsudok Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, bod 28).

12 — Rozsudok Swm Costruzioni 2 a Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, bod 35).

2004/18. Skutočný spor vo veci samej však súvisí s otázkou, či možno technickú spôsobilosť hospodárskeho subjektu PUM previesť na hospodársky subjekt PARTNER bez toho, aby sa prvý z uvedených hospodárskych subjektov sám priamo zúčastnil na realizácii zákazky. Daný spor sa netýka jednoduchého pridania podobných spôsobilostí k spôsobilostiam, ktoré už PARTNER má.

32. Veľa závisí od skutkových okolností, povahy a predmetu zákazky. Existujú spôsobilosti, ktoré sú prevoditeľné. Predstavme si zadanie zákazky poskytovateľom služieb v oblasti verejného zdravia týkajúce sa skríningu určitej formy rakoviny pomocou štandardnej technológie, ktorý sa má poskytovať vymedzenej skupine ľudí. Ďalej si predstavme, že podmienky zadania zákazky uvádzajú, že v nejasných prípadoch musia byť nálezy potvrdené odborníkom, ktorý disponuje zaručenými a prvotriednymi odbornými kvalifikáciami. Za takýchto okolností by nemal existovať žiadny dôvod, prečo by sa uchádzač nemohol spoľahnúť na využitie tretej osoby, ktorá poskytne potrebné konzultácie. Ak sa však zákazka týkala skríningu prostredníctvom novej a neštandardnej metodológie, verejný obstarávateľ mohol primerane požadovať, aby príslušnou spôsobilosťou disponoval samotný uchádzač. Čelíme tu otázke skutkových okolností zadávania zákazky.

33. Ako som už teda spomenul, zohľadniť treba povahu každej zákazky ako aj potrebu, ktorá sa má naplniť. Ide o otázku, ktorej posúdenie prináleží vnútroštátnemu súdu.

34. Či môže verejný obstarávateľ pri plnení zákazky požadovať účasť tretieho subjektu ako jediný prostriedok preukazujúci, že príslušné spôsobilosti má dotknutý uchádzač k dispozícii, je taktiež otázkou, ktorú treba posúdiť v každom jednotlivom prípade. Bude to závisieť od povahy a predmetu zákazky. Podľa môjho názoru je ľahké si predstaviť situácie, v ktorých daný záväzok predstavuje určitý stupeň technickej náročnosti, takže ho musí splniť tretia osoba disponujúca príslušnými odbornými znalosťami, ak sa na ich využitie spolieha, než by mal daný záväzok splniť samotný uchádzač na základe poradenstva a konzultácií zo strany tohto subjektu.

4. Predbežný záver

35. Na základe vyššie uvedených skutočností možno na prvú, druhú, tretiu, piatu a šiestu otázku odpovedať nasledovne: článok 44 a článok 48 ods. 3 v spojení s článkom 2 smernice 2004/18 sa musia vykladať v tom zmysle, že pojem „ak to prichádza do úvahy“ nezavádza žiadne podstatné obmedzenie okolností, za ktorých sa hospodársky subjekt môže spoľahnúť na spôsobilosti iných subjektov s cieľom preukázať verejnému obstarávateľovi, že bude mať technickú a/alebo odbornú spôsobilosť potrebnú na realizáciu danej verejnej zákazky. Povaha právnych vzťahov medzi hospodárskym subjektom a treťou osobou je irelevantná, hospodársky subjekt však musí byť schopný verejnému obstarávateľovi preukázať, že v skutočnosti má k dispozícii všetky prostriedky na splnenie podmienok zákazky. Uchádzač sa môže spoľahnúť na využitie spôsobilostí iných subjektov, aby preukázal svoju technickú a/alebo odbornú spôsobilosť, s výnimkou obmedzení vyplývajúcich z povahy a predmetu zákazky, ktorej realizácia sa požaduje.

B – *Oznámenie o vyhlásení zadávacieho konania, súťažné podklady a spoločná a nerozdielna zodpovednosť (štvrtá otázka)*

36. Štvrtou otázkou sa v podstate požaduje odpoveď na to, či verejný obstarávateľ môže (alebo je dokonca povinný) v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania alebo v súťažných podkladoch stanoviť zásady, podľa ktorých sa hospodársky subjekt môže alebo nemôže spoľahnúť na využitie spôsobilosti iných subjektov. Konkrétnejšie môže verejný obstarávateľ stanoviť akým spôsobom sa uchádzač musí zúčastniť na realizácii zákazky, akým spôsobom možno vzájomne spájať spôsobilosti daného uchádzača a iných subjektov, a či iný subjekt bude spolu s uchádzačom spoločne a nerozdielne zodpovedný za riadne zrealizovanie zákazky v rozsahu, v akom sa uchádzač odvolal na jeho spôsobilosť?

37. Španielsko vo svojich písomných pripomienkach uvádza, že oznámenie o vyhlásení zadávacieho konania alebo súťažné podklady by mali stanoviť zásady, podľa ktorých sa uchádzač môže spoľahnúť na využitie spôsobilostí iných subjektov za predpokladu, že tieto požiadavky sú primerané a priamo spojené s predmetom dotknutej zákazky. Poľsko vo svojich písomných pripomienkach taktiež argumentuje v tomto duchu.

38. Správne je však podľa môjho názoru stanovisko, ktoré zastáva Komisia. Vo svojich písomných pripomienkach poukazuje na to, že keďže uchádzači majú právo spoľahnúť sa na využitie spôsobilostí tretích subjektov, verejní obstarávatelia nemôžu stanoviť žiadne výslovné podmienky, ktoré môžu dané právo ohroziť. Uchádzač je oprávnený určiť ako bude k uvedeným spôsobilostiam pristupovať. Komisia správne dodáva, že z praktických dôvodov môže byť takmer nemožné, aby verejný obstarávateľ vopred stanovil podmienky spôsobov, akými je možné sa spoľahnúť na využitie spôsobilostí iných; nemôže totiž vopred predvídať všetky možné situácie ich využitia. To, samozrejme, platí pod podmienkou, že nie sú dané kritériá, ktoré boli stanovené v rozsudku Swm 2 costruzione týkajúcom sa situácií, v ktorých je takéto spoliehanie sa vylúčené.

39. Všeobecné zásady, ktoré stanovil Súdny dvor, a ktoré sa týkajú oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania, súťažných podkladov a *zásady transparentnosti*, sú v rámci tejto otázky dôležité. Pripomínam, že cieľom povinnosti transparentnosti je zaručiť absenciu rizika svojvôle zo strany verejného obstarávateľa [13] a že zásada rovnosti zaobchádzania a povinnosť transparentnosti tak bránia tomu, aby verejný obstarávateľ odmietol ponuku, ktorá spĺňa požiadavky oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania, na základe dôvodov neuvedených v tomto oznámení. [14] Taktiež podotýkam, že článok 23 ods. 2 smernice 2004/18 uvádza, že technické špecifikácie „umožňujú rovnaký prístup pre všetkých uchádzačov a nemajú za následok vytváranie neopodstatnených prekážok pre otváranie verejného obstarávania hospodárskej súťaži“, zatiaľ čo podľa článku 23 ods. 3 písm. c) môžu technické špecifikácie zahŕňať výkonnostné požiadavky.

40. Podľa môjho názoru, ak nastanú osobitné podmienky stanovené v rozsudku Swm Costruzioni 2 a Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, bod 35) a verejný obstarávateľ stanoví *ako podmienku zadávacieho konania*, že minimálnu úroveň dotknutej spôsobilosti musí dosiahnuť jediný hospodársky subjekt, potom je nutné túto skutočnosť uviesť vopred buď v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania a/alebo v súťažných podkladoch. V takomto prípade je vylúčená možnosť spoľahnúť sa na využitie spôsobilosti tretej osoby uvedená v článku 48 ods. 3 smernice 2004/18. Zdá sa, že to by bol jediný prostriedok, ktorý by bol v súlade s povinnosťou transparentnosti pri posudzovaní spôsobilosti záujemcov, pretože inak by potenciálni uchádzači neboli informovaní o všetkých povinných a bezpodmienečných požiadavkách týkajúcich sa minimálnej spôsobilosti. [15]

41. Ide však o inú otázku než posúdenie, či uchádzač, ktorý sa spolieha na využitie spôsobilostí tretej osoby, v skutočnosti spĺňa podmienky technickej a/odbornej spôsobilosti, ktorá sa požaduje v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania. Túto otázku možno skúmať len na základe ponúk, ktoré sa porovnajú s požiadavkami spôsobilosti uvedenými v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania a v súťažných podkladoch, a to v súlade s kritériami opísanými vyššie v súvislosti s prvou, druhou, treťou, piatou a šiestou otázkou.

13 — Rozsudok SC Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, bod 26 a citovaná judikatúra).

14 — Tamže, bod 28.

15 — Pozri analogicky judikatúru týkajúcu sa kritérií pre zadanie zákazky, napríklad rozsudok Komisia/Francúzsko (C-299/08, EU:C:2009:769, bod 41), v ktorom Súdny dvor rozhodol, že „zásada rovnosti zaobchádzania, ako aj povinnosť transparentnosti, ktorá z nej vyplýva, vyžadujú jasné definovanie predmetu každej zákazky, ako aj *kritérií jej zadania*“ (kurzívou zdôraznil generálny advokát). Pozri tiež rozsudok ATI EAC e Viaggi di Maio a i. (C-331/04, EU:C:2005:718), ktorý v bode 32 obmedzil pridelenie určitej váhy čiastkovým prvkom kritéria hodnotenia ponúk, a rozsudok Universale-Bau a i. (C-470/99, EU:C:2002:746, bod 100), v ktorom sa od verejného obstarávateľa požadovalo, aby v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania alebo v súťažných podkladoch uviedol pravidlá pre pridelenie určitej váhy kritériám výberu záujemcov, ktorí budú vyzvaní na predloženie ponuky.

42. A nakoniec, pokiaľ ide o spoločnú a nerozdielnu zodpovednosť, písomné pripomienky sa Komisia snaží oprieť o článok 63 ods. 1 tretí riadok smernice 2014/24 s cieľom podporiť tvrdenie v jej prospech. Na druhej strane PARTNER a Španielsko tvrdia, že zavedenie spoločnej a nerozdielnej zodpovednosti nie je možné, keďže zodpovedným za realizáciu zákaziek je len uchádzač, ktorý sa zúčastnil zadávacieho konania a nie tretí subjekt, na ktorého spôsobilosti sa spoľahol.

43. Z dôvodov, ktoré uvediem v odpovedi na desiatu otázku, sa pri uplatňovaní smernice 2004/18 nemôžu zo smernice 2014/24 odvodiť žiadne bezpodmienečné zásady, ktoré sa v smernici 2004/18 buď nenachádzajú, alebo stanovujú normy alebo požiadavky podrobnejšie než jej zodpovedajúce ustanovenia. Zavedenie spoločnej a nerozdielnej zodpovednosti by sa teda pred uplynutím lehoty na prebratie smernice 2014/24 malo vylúčiť.

44. Z týchto dôvodov by mal Súdny dvor odpovedať na štvrtú otázku v tom zmysle, že článok 48 ods. 3 v spojení s článkom 2 smernice 2004/18 sa má vykladať v tom zmysle, že verejný obstarávateľ je v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania alebo v súťažných podkladoch povinný uviesť každú podmienku, ktorá má za následok vylúčenie možnosti odvolať sa na článok 48 ods. 3 smernice 2004/18 s cieľom preukázať splnenie požiadaviek súvisiacich s minimálnou spôsobilosťou. V opačnom prípade nemôže verejný obstarávateľ v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania alebo v súťažných podkladoch stanoviť výslovné podmienky alebo zásady, ktoré sa týkajú toho, či a ako sa uchádzači môžu spoľahnúť na využitie spôsobilostí iných subjektov.

C – *Objasnenie ponuky (siedma otázka)*

45. Siedma otázka v podstate požaduje odpoveď, do akej miery možno medzi verejným obstarávateľom a uchádzačom viesť dialóg, napríklad v rámci doplnenia alebo objasnenia dokumentov po predložení ponúk, ak je prípustné predloženie ponuky na časť zákazky. V tejto súvislosti podotýkam že podľa článku 51 smernice 2004/18 môže verejný obstarávateľ hospodárske subjekty vyzvať, aby doplnili alebo objasnili certifikáty a dokumenty predložené podľa článkov 45 až 50.

46. Na túto otázku môže Súdny dvor podľa môjho názoru poskytnúť krátku odpoveď. Súdny dvor už vylúčil akékoľvek vyjednávanie medzi verejným obstarávateľom a ktorýmkoľvek z uchádzačov. Verejný obstarávateľ nemôže požadovať objasnenie ponúk, ktoré považuje za nepresné alebo za také, že nie sú v súlade s technickými špecifikáciami v súťažných podkladoch, predtým než takéto ponuky zamietne. [16]

47. Len čo je ponuka predložená, nemožno ju zmeniť z iniciatívy uchádzača ani verejného obstarávateľa. [17] Verejný obstarávateľ môže výnimočne požadovať doplnenie údajov, napríklad jednoduché vysvetlenie alebo odstránenie zjavne podstatných chýb, a to bez toho, aby požadoval alebo prijal akúkoľvek zmenu ponuky. [18]

48. Podľa môjho názoru poskytovanie informácií týkajúcich sa poradia jednotlivých častí zákazky podľa dôležitosti nepredstavuje po predložení ponúk len obyčajné spresnenie, ale podstatnú zmenu ponuky. Jej akceptovanie by viedlo k porušeniu zásad spravodlivej hospodárskej súťaže. Nepatrí totiž do výnimočného súboru okolností, za ktorých je objasnenie ponúk prípustné.

16 — Rozsudok SAG ELV Slovensko a i. (C-599/10, EU:C:2012:191, body 36 a 37). Pripomínam, že v smernici 2004/18 sa nachádza ustanovenie, ktoré sa týka súťažného dialógu, pokiaľ ide o obzvlášť zložité zákazky (článok 29), ako aj rokovacieho konania (článok 30). Tieto ustanovenia sú však v danej veci irelevantné.

17 — Pozri rozsudok Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), v ktorom Súdny dvor v bode 31 rozhodol, že „zásada rovnosti zaobchádzania a povinnosť transparentnosti bránia akémukoľvek vyjednávaniu medzi verejným obstarávateľom a uchádzačom v rámci postupu verejného obstarávania, z čoho vyplýva, že ponuka sa po svojom predložení v zásade nemôže meniť ani z podnetu verejného obstarávateľa, ani uchádzača. Z toho vyplýva, že verejný obstarávateľ nemôže požadovať objasnenia od uchádzača, ktorého ponuku považuje za nepresnú alebo za takú, ktorá nie je v súlade s technickými špecifikáciami v súťažných podkladoch“.

18 — Rozsudok SAG ELV Slovensko a i. (C-599/10, EU:C:2012:191, body 40 and 41). Pozri tiež rozsudok Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, bod 32).

49. Podľa môjho názoru by sa teda na siedmu otázku malo odpovedať v tom zmysle, že ak je prípustné predloženie ponuky na časť zákazky, zásada rovnakého a nediskriminačného zaobchádzania s hospodárskymi subjektmi uvedená v článku 2 smernice 2004/18 neumožňuje, aby hospodársky subjekt po predložení ponúk oznámil, na ktorú časť zákazky sa vzťahujú ním uvádzané zdroje, ktoré slúžia na preukázanie splnenia podmienky účasti v konaní.

D – *Nezrovnalosti v elektronickej aukcii (ôsma a deviata otázka)*

50. Ôsma a deviata otázka sa týka dôsledkov, ktoré nastanú v rámci zadávania zákazky, ak sa účasť v elektronickej aukcii nepovolila všetkým spôsobilým uchádzačom.

51. Hneď na začiatok podotýkam, že v súlade s článkom 54 ods. 4 druhý pododsek smernice 2004/18 sú „všetci uchádzači, ktorí predložili prijateľné ponuky, súčasne elektronicky vyzvaní, aby predložili nové ceny a/alebo nové hodnoty“. Článok 54 ods. 8 smernice 2004/18 vylučuje zneužívanie elektronických aukcií s cieľom, okrem iného, brániť hospodárskej súťaži alebo ju narušovať. Ďalej poznamenávam, že vnútroštátny súd sa nepýta na opravné prostriedky dostupné pre hospodárske subjekty v súvislosti s chybnou elektronickou aukciou,[19] ale na povinnosti, ktoré má verejný obstarávateľ v takejto situácii podľa smernice 2004/18.

52. Podľa môjho názoru, ak spôsobilý uchádzač, ktorý spĺňa kritériá stanovené v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania a technické špecifikácie, mal byť pozvaný na elektronickú aukciu podľa článku 54 ods. 4 smernice 2004/18, avšak pozvaný nebol, potom z požiadavky rovnakého a nediskriminačného zaobchádzania uvedenej v článku 2 smernice 2004/18 vyplýva, že aukcia by sa mala opakovať. To platí nezávisle od toho, či by jeho účasť zmenila výsledok aukcie alebo nie.[20] Znamená to teda, že zákazka nemôže byť zadaná na základe nezákonných či chybných elektronických aukcií tohto druhu.

53. Navrhujem preto, aby sa na ôsmu a deviatu otázku odpovedalo v tom zmysle, že článok 2 smernice 2004/18 vyžaduje, aby sa elektronická aukcia vyhlásila za neplatnú a aby sa následne opakovala, ak záujemca, ktorý spĺňa kritériá účasti na zadávaní zákazky, nebol na elektronickú aukciu pozvaný.

E – *Možno pri výklade smernice 2004/18 zohľadniť smernicu 2014/24? (desiata otázka)*

54. Vnútroštátny súd sa v desiatej otázke pýta, či je pri výklade ustanovení smernice 2004/18 dovolené použiť ako výkladovú pomôcku obsah ustanovení a preambuly smernice 2014/24 napriek tomu, že neuplynula lehota na jej prebratie, a to v rozsahu, v akom objasňuje isté zámery a úmysly normotvorcu Únie a neodporuje smernici 2004/18.

55. Táto otázka súvisí so skutočnosťou, že článok 63 ods. 1 smernice 2014/24 sa nazýva „Spoliehanie sa na kapacity iných subjektov“ a stanovuje pravidlá, ktoré sa uplatňujú na danú situáciu a ktoré sú podrobnejšie než tie uvedené v smernici 2004/18. Článok 63 ods. 1 smernice 2014/24, rovnako ako článok 48 ods. 3 smernice 2004/18, stanovuje, že „právna povaha“ vzťahov medzi subjektmi je nepodstatná. Článok 63 ods. 1 smernice 2014/24 však dodáva, že ak je príslušný subjekt závislý na „vzdelaní a odbornej kvalifikácii“ alebo na „odborných skúsenostiach“, môže spoliehať na kapacity iných subjektov len v prípade, keď tieto iné subjekty budú vykonávať práce alebo poskytovať služby, pre ktoré sa tieto kapacity vyžadujú. Článok 63 ods. 2 smernice 2014/24 navyše uvádza, že verejní obstarávatelia môžu požadovať, aby určité rozhodujúce úlohy zrealizoval priamo sám uchádzač.

19 — Tie stanovuje smernica Rady 89/665/EHS z 21. decembra 1989 o koordinácii zákonov, iných právnych predpisov a správnych opatrení týkajúcich sa uplatňovania postupov preskúmavania v rámci verejného obstarávania tovarov a prác (Ú. v. ES L 395, 1989, s. 33; Mim. vyd. 06/001, s. 246) v znení zmenenom a doplnenom smernicou Európskeho parlamentu a Rady 2007/66/ES, ktorou sa menia a dopĺňajú smernice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS, pokiaľ ide o zvýšenie účinnosti postupov preskúmania v oblasti zadávania verejných zákaziek (Ú. v. EÚ L 335, 2007, s. 31).

20 — PARTNER na pojednávaní uviedol, že nebol pozvaný na elektronickú aukciu, ktorá sa týkala zadávania dotknutej zákazky.

56. Na úvod podotýkam, že problém, ktorému čelí vnútroštátny súd, sa týka spolupôsobenia *dvoch legislatívnych aktov Únie*. Judikatúra týkajúca sa povinností členských štátov počas lehoty stanovenej na prebratie smernice,[21] ktoré súvisia s výkladom vnútroštátneho práva v tomto období,[22] preto nie je relevantná.

57. Ďalej pripomínam, že Súdny dvor nedávno rozhodol, že v prípade, ak smernica 2014/24/EÚ nadobudla účinnosť po dátume vzniku skutkových okolností konania v predmetnej veci samej, nemohla byť v tomto spore uplatniteľná.[23] Je to v súlade s jeho predchádzajúcimi nálezmi súvisiacimi s prechodným obdobím medzi smernicou Rady 93/37/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania prác[24] a smernicou 2004/18. Vo veci, v ktorej bola ponuka vylúčená z postupu zadávania zákazky pred dátumom uplynutia lehoty na prebratie smernice 2004/18 Súdny dvor uviedol, že „určenie práva uplatniteľného vo veci samej na základe okamihu uzavretia zmluvy by bolo v rozpore so zásadou právnej istoty“.[25] Preto rozhodol, že „smernica 2004/18 sa neuplatní na rozhodnutie prijaté verejným obstarávateľom pri uzatváraní verejnej zmluvy na práce pred uplynutím lehoty na prebratie tejto smernice“.[26] Vnútroštátny súd sa však nepýta podrobne na vzťah medzi príslušnými ustanoveniami staršej a novej smernice, ale žiada len o všeobecné usmernenie.

58. Znamená to, že Súdny dvor sa pri výklade smernice 2004/18 aspoň v jednom prípade opieral o odôvodnenie, ako aj o ustanovenie smernice 2014/24. Neobjasnil však dôvody, prečo tak urobil.[27]

59. Podľa môjho názoru vzťah medzi dvoma po sebe nasledujúcimi legislatívnymi aktmi Únie treba v rámci výkladu riešiť s náležitým ohľadom na legislatívny zámer. Formulácia desiatej otázky však v tomto ohľade nie je nápomocná, pretože nie je jasné, či sa odkaz na „isté zámery a úmysly normotvorcu Únie“ vzťahuje na zámery a úmysly v kontexte smernice 2014/24 alebo smernice 2004/18.

60. Pre mňa je zrejmé, že smernica 2014/24 nemôže objasniť legislatívny zámer smernice 2004/18. Z preambuly a z ustanovení smernice 2014/24 však možno vyvodiť, že legislatívnym zámerom súvisiacim s niektorými jej ustanoveniami bolo kodifikovať existujúcu judikatúru, v ktorej sa uplatňovala smernica 2004/18. V takýchto situáciách nič nebráni tomu, aby sa neskôr prijatá smernica zohľadnila pri výklade predchádzajúcej. Na druhej strane, ak je legislatívnym zámerom odchýlenie sa od ustanovení smernice 2004/18 alebo od existujúcej judikatúry, potom nová smernica nemôže slúžiť ako pomôcka pri výklade predchádzajúcej.

21 — Pozri napr. nedávne návrhy, ktoré predniesla generálna advokátka Sharpston vo veci bpost (C-340/13, EU:C:2014:2302, bod 29) a ktoré citujú rozsudky Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628, bod 45), ATRAL (C-14/02, EU:C:2003:265, bod 58) a Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias a i. (C-43/10, EU:C:2012:560, bod 57).

22 — Tamže, citujúc rozsudok Adeneler a i. (C-212/04, EU:C:2006:443, body 122 a 123).

23 — Rozsudok Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, bod 24).

24 — Ú. v. ES L 199, 1993, s. 54; Mim. vyd. 06/002, s. 163.

25 — Rozsudok Hochtief a Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627, bod 29).

26 — Tamže, bod 30. Dodávam, že tento prístup je v súlade s tým, ktorý Súdny dvor uplatnil v rozsudkoch Monsees (C-350/97, EU:C:1999:242, bod 27) a Komisia/Francúzsko (C-337/98, EU:C:2000:543, body 38 a 39).

27 — Rozsudok Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, bod 37). Poznamenávam tiež, že generálna advokátka Kokott v návrhoch, ktoré predniesla vo veci Auroux and Others (C-220/05, EU:C:2006:410, bod 50), odkazovala na ustanovenie smernice 2004/18, aby potvrdila výklad smernice 93/37, napriek tomu, že prvá uvedená smernica ešte nebola relevantná *ratione temporis*. Súdny dvor však v bode 61 svojho rozsudku Auroux a i. (C-220/05, EU:C:2007:31) uviedol, že dotknuté ustanovenie smernice 2004/18/ES „nie je možné aplikovať na skutkové okolnosti vo veci samej *ratione temporis*“. Pozri tiež zistenie v návrhoch, ktoré predniesol generálny advokát Wahl vo veci Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino“ a i. (C-113/13, EU:C:2014:291, bod 40), ako aj bod 8 rozsudku Azienda sanitaria locale n. 5 „ Spezzino“ a i. (C-113/13, EU:C:2014:2440), v ktorom Súdny dvor vylúčil relevanciu smernice 2014/24/EÚ.

61. Na druhej strane vnútroštátny súd uvádza výhradu. Desiata otázka naznačuje, že zohľadnenie smernice 2014/24/EÚ bude vylúčené, ak bude „odporovať ustanoveniam smernice 2004/18“. Vyplýva to, samozrejme, zo zásady právnej istoty, ktorá zakazuje retroaktívne uplatnenie nástroja, ktorý nemožno uplatniť *ratione temporis*. [28]

62. Podstatou tejto otázky sú však ustanovenia smernice 2014/24, ktoré objasňujú smernicu 2004/18 alebo judikatúru, v rámci ktorej sa uplatňuje, kde neexistuje žiadny logický rozpor medzi danými aktmi v tom, v čom sa novšia smernica dotknutej záležitosti netýka alebo je vo vzťahu k nej nepresná.

63. Zo zásady právnej istoty podľa môjho názoru vyplýva, že bezpodmienečné pravidlá a podmienky založené na smernici 2014/24 nemožno uplatniť ako „výklad“ smernice 2004/18 v neprospech hospodárskych subjektov zúčastnených na zadávacom konaní. Ak je však legislatívnym zámerom príslušných ustanovení smernice 2014/24 ďalší rozvoj harmonizácie existujúcich právnych predpisov a judikatúry, a nie jej narušenie, potom nič nebráni tomu, aby sa použili ako pomôcka pri výklade smernice 2004/18.

64. Z týchto dôvodov navrhujem, aby sa na desiatu otázku odpovedalo v tom zmysle, že pri výklade ustanovení smernice 2004/18 je dovolené použiť ako výkladovú pomôcku obsah ustanovení a preambuly smernice 2014/24 napriek tomu, že neuplynula lehota na jej prebratie, a to v rozsahu, v akom kodifikuje alebo objasňuje judikatúru uplatňujúcu smernicu 2004/18, ale neodporuje ustanoveniam smernice 2004/18 ani nestanovuje bezpodmienečné pravidlá alebo podmienky v neprospech hospodárskych subjektov.

V – **Návrh**

65. Vzhľadom na uvedené dôvody navrhujem, aby Súdny dvor odpovedal na prejudiciálne otázky Krajowa Izba Odwoławcza takto:

Prvá, druhá, tretia, piata a šiesta otázka

Článok 44 a článok 48 ods. 3 v spojení s článkom 2 smernice 2004/18/ES Európskeho parlamentu a Rady z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby treba vykladať v tom zmysle, že pojem „ak to prichádza do úvahy“ nezavádza žiadne podstatné obmedzenie okolností, za ktorých sa hospodársky subjekt môže spoľahnúť na využitie spôsobilostí iných subjektov s cieľom preukázať verejnému obstarávateľovi, že bude mať technickú a/alebo odbornú spôsobilosť potrebnú na realizáciu danej verejnej zákazky. Povaha právnych vzťahov medzi hospodárskym subjektom a treťou osobou je irelevantná, hospodársky subjekt však musí byť schopný verejnému obstarávateľovi preukázať, že v skutočnosti má k dispozícii všetky prostriedky na splnenie podmienok zákazky. Uchádzač sa môže spoľahnúť na využitie spôsobilostí iných subjektov, aby preukázal svoju technickú a/alebo odbornú spôsobilosť, s výnimkou obmedzení vyplývajúcich z povahy a predmetu zákazky, ktorej realizácia sa požaduje.

Štvrtá otázka

Článok 48 ods. 3 v spojení s článkom 2 smernice 2004/18 treba vykladať v tom zmysle, že verejný obstarávateľ je v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania alebo v súťažných podkladoch povinný uviesť každú podmienku, ktorá má za následok vylúčenie možnosti odvolať sa na článok 48 ods. 3

28 — Tu pripomínam klasickú formuláciu Súdneho dvora v jeho rozsudku Fédesa a i. (C-331/88, EU:C:1990:391, bod 45), v ktorom sa rozhodlo, že „vo všeobecnosti zásada právnej istoty bráni spätnej účinnosti aktu Spoločenstva z hľadiska času ku dňu, ktorý predchádza jeho zverejneniu, môže sa tak však výnimočne stať, ak to vyžaduje všeobecný záujem a ak je legitímna dôvera dotknutých subjektov náležite rešpektovaná“. Tieto nevyhnutné podmienky spätnej účinnosti sa však v danej veci neobjavujú.

smernice 2004/18 s cieľom preukázať splnenie požiadaviek súvisiacich s minimálnou spôsobilosťou. V opačnom prípade nemôže verejný obstarávateľ v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania alebo v súťažných podkladoch stanoviť výslovné podmienky alebo zásady, ktoré sa týkajú toho, či a ako sa uchádzači môžu spoľahnúť na využitie spôsobilostí iných subjektov.

Siedma otázka

Ak je prípustné predloženie ponuky na časť zákazky, zásada rovnakého a nediskriminačného zaobchádzania s hospodárskymi subjektmi uvedená v článku 2 smernice 2004/18 neumožňuje, aby hospodársky subjekt po predložení ponúk oznámil, na ktorú časť zákazky sa vzťahujú ním uvádzané zdroje, ktoré slúžia na preukázanie splnenia podmienky účasti v konaní.

Ôsma a deviata otázka

Článok 2 smernice 2004/18 vyžaduje, aby sa elektronická aukcia vyhlásila za neplatnú a aby sa následne opakovala, ak záujemca, ktorý spĺňa kritériá účasti na zadávaní zákazky, nebol na elektronickú aukciu pozvaný.

Desiata otázka

Smernicu Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES možno použiť ako pomôcku pri výklade smernice 2004/18, napriek tomu, že lehota na prebratie smernice 2014/24 ešte neuplynula, ale iba v rozsahu, v akom kodifikuje alebo objasňuje judikatúru, v ktorej sa uplatňovala smernica 2004/18, a v akom príslušné ustanovenia smernice 2014/24 neodporujú ustanoveniam smernice 2004/18 ani nestanovujú záväzné pravidlá alebo podmienky v neprospech hospodárskych subjektov.